

# Vaststellen en toerekenen van goodwill bij franchise

Citation for published version (APA):

Hafez, Y. (2022). Vaststellen en toerekenen van goodwill bij franchise. *Contracteren*, 2022(3), 103-110. <https://doi.org/10.5553/Contr/156608932022024003003>

**DOI:**

[10.5553/Contr/156608932022024003003](https://doi.org/10.5553/Contr/156608932022024003003)

**Document status and date:**

Published: 11/10/2022

**Please check the document version of this publication:**

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 16 Feb. 2025

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



# Artikel

## Vaststellen en toerekenen van goodwill bij franchise

Mr. Y. Hafez\*

### 1. Inleiding

Sinds 1 januari 2021 moeten nieuw te sluiten franchiseovereenkomsten een goodwillregeling bevatten.<sup>1</sup> Die verplichting geldt volgens het overgangsrecht met ingang van 1 januari 2023 ook voor franchiseovereenkomsten die reeds gesloten waren vóór de invoering van de Wet franchise.<sup>2</sup> Wat nu indien partijen op die datum nog geen regeling hebben getroffen, of een regeling treffen die niet in lijn is met artikel 7:920 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en daardoor nietig is op grond van artikel 7:922 BW? Ten aanzien van dat laatste is onduidelijk welke goodwillregelingen al dan niet toelaatbaar zijn; mag goodwill bij hardfranchise worden uitgesloten? En is het toegestaan om van tevoren een vaste ver-

goeding voor goodwill af te spreken? De Wet franchise regelt bovendien niet wat de gevolgen zijn van eventuele nietigheid, of wat rechtens is als partijen überhaupt geen regeling hebben getroffen. Moet in dat geval alsnog *goodwill* vergoed worden, of moet dit beoordeeld worden via het schadevergoedingsrecht? En op basis van welke juridische grondslag?

In deze bijdrage wordt op voorgaande vragen ingegaan. In paragraaf 2 sta ik stil bij de achtergrond en vereisten van artikel 7:920 lid 1 BW. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 in op de vereisten waaraan de goodwillregeling die partijen treffen moet voldoen.<sup>3</sup> Vervolgens wordt in paragraaf 4 ingegaan op de vraag welke rechtsvorderingen een franchisenemer ter beschikking staat. Ook het overgangsrecht komt dan aan de orde, met enkele kanttekeningen bij de op 22 december 2021 gewezen uitspraak in de DNZB-zaak.<sup>4</sup> In paragraaf 5 volgt de conclusie.

### 2. Achtergrond en vereisten van artikel 7:920 lid 1 BW

#### 2.1 De achtergrond van artikel 7:920 lid 1 BW

Zoals aangegeven zijn partijen op basis van artikel 7:920 lid 1 BW verplicht om in de franchiseovereenkomst een regeling te treffen op basis waarvan de franchisegever gehouden is de door de franchisenemer opgebouwde en toe te rekenen goodwill te vergoeden. Goodwill is, samengevat, dat gedeelte van de marktwaarde van de franchiseonderneming dat niet direct toewijsbaar is aan

\* Mr. Y. Hafez is docent bij de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit en doet als promovendus onderzoek naar de Wet franchise (titel 7.16 BW).

1 Die verplichting volgt uit art. 7:920 lid 1 BW: 'De franchiseovereenkomst bepaalt in ieder geval: a. de wijze waarop wordt vastgesteld: 1° of goodwill aanwezig is in de onderneming van de franchisenemer; 2° zo ja, welke omvang deze heeft; en 3° in welke mate deze aan de franchisegever is toe te rekenen; b. op welke wijze goodwill die redelijkerwijs is toe te rekenen aan de franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer wordt vergoed, indien de franchisegever de franchiseonderneming van de betreffende franchisenemer overneemt om deze onderneming zelfstandig voort te zetten, danwel over te dragen aan een derde met wie de franchisegever een franchiseovereenkomst sluit.'

2 Aldus artikel 209 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek. Het overgangsrecht geldt overigens ook voor art. 7:920 lid 2 BW inzake het postcontractueel non-concurrentiebeding (en naar ik meen ook het relatiebeding; zie Y. Hafez, De Wet franchise en het postcontractuele relatiebeding, F&R 2022/17, p. 5-9). Daarnaast geldt het overgangsrecht voor art. 7:921 BW inzake het instemmingsrecht van de franchisenemer. In deze bijdrage laat ik beide onderwerpen buiten beschouwing.

3 In deze bijdrage wordt met (goodwill)regeling bedoeld op de regeling die partijen moeten treffen op grond van art. 7:920 lid 1 BW.

4 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108.

de tastbare activa/passiva (daarover meer in paragraaf 3.1).<sup>5</sup> Een vergoeding voor goodwill geldt volgens lid 1 sub b enkel indien de franchiseonderneming door de franchisegever wordt overgenomen en wordt voortgezet, of door de franchisegever wordt overgenomen en vervolgens wordt overgedragen aan een andere (nieuwe) franchisenemer. Volgens de wetgever bleek het in de praktijk vooral problematisch dat franchisegevers bij een verlenging van de overeenkomst ongunstigere bepalingen bedongen, terwijl franchisenemers door hun jarenlange inspanningen en investeringen afhankelijk waren van de franchiserelatie en de vrijheid misten om niet akkoord te gaan met de nieuwe (ongunstigere) bepalingen.<sup>6</sup> De wetgever meent dat dat probleem – waarvan het bestaan overigens niet is onderbouwd<sup>7</sup> – verholpen zal zijn ‘door nu te bepalen dat de aan de franchisenemer verbonden goodwill vergoed moet worden bij beëindiging van de franchiseovereenkomst (...)’.<sup>8</sup>

## 2.2 De vereisten van artikel 7:920 lid 1 BW

Gelet op deze overweging zou men verwachten dat artikel 7:920 lid 1 BW een rechtstreekse verbintenis in het leven roept op basis waarvan de franchisegever gehouden is om de specifiek aan de franchisenemer toe te rekenen goodwill te vergoeden. Dat is echter niet het geval. Waar enerzijds de bescherming van de franchisenemer uitgangspunt is, heeft de wetgever anderzijds oog gehad voor de contractsvrijheid van partijen.<sup>9</sup> De wetgever koos er daarom niet voor om een bepaling in het leven te roepen op grond waarvan de franchisegever verplicht is om de aan de franchisenemer toe te rekenen goodwill te vergoeden, maar koos ervoor om partijen te verplichten om daarover *afspraken te maken*. Meer specifiek moeten partijen in de regeling die zij treffen ingaan op:

1. de wijze waarop de aanwezigheid en omvang van goodwill wordt vastgesteld;<sup>10</sup>
2. de wijze waarop wordt vastgesteld in welke mate die goodwill aan de franchisenemer valt toe te rekenen;<sup>11</sup>
3. de wijze waarop goodwill die redelijkerwijs aan de franchisenemer valt toe te rekenen wordt vergoed.<sup>12</sup>

Op grond van artikel 7:920 lid 1 BW zijn partijen dus verplicht om een regeling te treffen. Strikt genomen betekent dit dat de verbintenis om goodwill te vergoeden voortvloeit uit de franchiseovereenkomst (op grond van artikel 6:213 lid 1 BW), en niet rechtstreeks uit artikel 7:920 lid 1 BW.<sup>13</sup>

5 Rb. Noord-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4160, r.o. 9.3.2.  
 6 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 9 en p. 44.  
 7 E. Brons-Stikkelbroeck & D. Zwanikken, Goodwillvergoeding bij einde franchiseovereenkomst, F&R 2021/15, p. 11.  
 8 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 44.  
 9 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 42.  
 10 Art. 7:920 lid 1 sub a onder 1 en 2 BW.  
 11 Art. 7:920 lid 1 sub a onder 3 BW.  
 12 Art. 7:920 lid 1 sub b BW.  
 13 Anders De Koning, commentaar op art. 7:920 BW, in: Tekst & Commentaar BW, commentaar op titel 16 Boek 7 BW, Deventer: Wolters Kluwer (online actueel t/m 1 juli 2021): ‘Het artikel [art. 7:920 lid 1 BW, toege-

## 3. Goodwill vaststellen en toerekenen

### 3.1 Definitie goodwill

De regeling die partijen treffen moet ingaan op de wijze waarop de aanwezigheid en de omvang van goodwill wordt vastgesteld, en de wijze waarop wordt vastgesteld in welke mate goodwill aan de franchisenemer is toe te rekenen.<sup>14</sup> De eerste vraag die opkomt is wat moet worden verstaan onder goodwill. In artikel 7:911 lid 2 BW staan verschillende definities opgesomd, maar er staat geen definitie van goodwill in dat artikel. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat ‘goodwill ziet (...) op het bedrag dat de koper van een onderneming aan de verkoper vergoedt voor reputatie, opgebouwde klantenkring e.d. van de onderneming en dat dus uitstijgt boven de waarde van de tastbare activa van die onderneming. (...) De overnemer betaalt goodwill omdat hij niet alleen activa koopt, maar een “gespreid bedje”.’<sup>15</sup> Goodwill kan daarmee worden gekwalificeerd als een samenstel van feitelijkheden,<sup>16</sup> en wordt niet beschouwd als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW.<sup>17</sup>

### 3.2 Vaststellen van goodwill (artikel 7:920 lid 1 sub a onder 1 en 2 BW)

In de praktijk wordt bij het bepalen van de omvang van goodwill – simplistisch gezien – uitgegaan van twee factoren: eerst wordt vastgesteld wat de marktwaarde van de onderneming is, vervolgens wordt deze waarde verminderd met de activa/passiva van de onderneming.<sup>18</sup> Wat overblijft is de goodwill.<sup>19</sup> Partijen kunnen zo’n soort berekeningswijze in de overeenkomst opnemen, mits de berekeningswijze *concreet* is.<sup>20</sup> Ik denk dat partijen dan wel een beeld moeten hebben van wat zij verstaan onder de activa/passiva enerzijds en de marktwaarde anderzijds. De hoogte van activa/passiva is fei-

voegd; YH] voorziet in een verplichting voor de franchisegever tot vergoeding van goodwill (...)’.

14 Met toerekenen van goodwill wordt bedoeld op dat deel van de goodwill dat de franchisenemer heeft opgebouwd, en zodoende aan hem kan worden ‘toegerekend’.  
 15 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 6 (NV II), p. 38.  
 16 Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019, nr. 102.  
 17 Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019, nr. 9; Van der Linden, Aanvullend verrijktingsrecht (Meijers-reeks, nr. 121), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 372.  
 18 Partijen kunnen zelf bepalen over welke periode de goodwill moet worden berekend, aldus Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 43.  
 19 Zie Rb. Noord-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4160, r.o. 9.3.2, waarin goodwill wordt omschreven als ‘(...) dat gedeelte van de marktwaarde van de onderneming dat niet direct toewijsbaar is aan de activa en passiva; het gaat om de meerwaarde van een onderneming boven het netto vermogen. (...)’ Vgl. uitgebreider Brons-Stikkelbroeck & Zwanikken 2021, p. 12, waarin wordt gewezen op de definitie van Molengraaff en een definitie uit HR 20 mei 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY4039, BNB 1953/190, welke definitie tevens wordt aangehaald in Rb. Breda 17 januari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC4473, r.o. 2.4. Inhoudelijk stemt de hiervoor weergegeven overweging van Rb. Noord-Nederland daarmee overeen, zij het dat het iets moderner is geformuleerd dan in het arrest van bijna zeventig jaar geleden.  
 20 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 42. Met het opnemen van een *concrete berekeningswijze* wordt volgens de wetgever voldaan aan art. 7:920 lid 1 BW.

telijk van aard (dat is dus niet het probleem), terwijl de marktwaarde van de franchiseonderneming op verschillende manieren kan worden vastgesteld. Gaat het bijvoorbeeld om een getaxeerde waarde (waarop is de taxatie dan gebaseerd?), gaat het om de (uiteindelijke) verkoopwaarde, of wordt de marktwaarde bepaald door historische (omzet- en/of winst)gegevens of door het toekomstige winstpotentieel? Er zijn onder de streep verschillende waarderingsmethoden,<sup>21</sup> die tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Het is mogelijk dat de ene methode zelfs beter correspondeert met de in werkelijkheid opgebouwde goodwill dan een andere methode. De regeling die partijen treffen is echter uitgangspunt. Daarmee is de hoogte van de goodwill die op basis van de regeling wordt vastgesteld als het ware een juridische realiteit.<sup>22</sup>

De factor marktwaarde is in tegenstelling tot de factor activa/passiva een *doorslaggevende* variabele en heeft direct invloed op de hoogte van de goodwill. Hoewel dit niet zo in de wetsgeschiedenis is genoemd, zou om voorgaande reden gesteld kunnen worden dat partijen die zelf een berekeningswijze in de overeenkomst opnemen, in ieder geval moeten regelen hoe de marktwaarde van de franchiseonderneming moet worden vastgesteld. Te verdedigen valt dat de berekeningswijze anders niet voldoende concreet is, en dat is niet in lijn met de overweging van de wetgever dat partijen een 'concrete berekeningswijze' kunnen overeenkomen.<sup>23</sup> In deze gedachtegang zou het niet opnemen van de wijze waarop de marktwaarde moet worden vastgesteld nietigheid van de getroffen goodwillregeling opleveren (artikel 7:922 BW), simpelweg omdat zonder een vaststelling van de marktwaarde niet vastgesteld kan worden hoe hoog de goodwill is. Hoe dit in de praktijk doorwerkt en uitpakt in de jurisprudentie zal nog moeten blijken.

Hoewel partijen het vaststellen van de aanwezigheid en omvang van goodwill volgens de wetgever aan een deskundige kunnen overlaten (dat is dus ook een wijze waarop goodwill kan worden vastgesteld),<sup>24</sup> is dan nog steeds onduidelijk op welke wijze en met behulp van welke parameters de deskundige de marktwaarde moet vaststellen. Nietigheid is gelet op de overweging van de wetgever in dat geval niet aan de orde, alleen is het dan wel zinvol dat partijen van tevoren bedenken welke waarderingsmethode gehanteerd moet worden.<sup>25</sup>

21 Zie ook de waarderingsmethoden van het Nederlands Instituut voor Register Valuators (NIRV): <https://nirv.nl/4521-2/>.

22 Ik heb niet onderzocht of bepaalde methodes beter passen bij bepaalde franchiseformules. Wel kan ik mij voorstellen dat het in strijd met goed franchisegeverschap wordt geacht als een methode wordt toegepast die niet past bij de franchiseformule en de franchisenemer daardoor wordt benadeeld. Tegelijkertijd zou daarin ook een taak zijn weggelegd voor de franchisenemer, die op basis van art. 7:915 BW een onderzoeksplicht heeft.

23 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 42.

24 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 42.

25 Ik kan mij voorstellen dat de franchisenemer deskundige X (die methode X hanteert) zou willen inschakelen, terwijl de franchisegever de voorkeur geeft aan deskundige Y (die de voor de franchisegever gunstigere methode Y hanteert). Dat kan discussie opleveren.

### 3.3 Goodwillvergoeding op voorhand uitsluiten bij wanprestatie of insolventie

Dan nog het volgende. De wetgever heeft aangegeven dat op basis van de overeengekomen wijze van *vaststelling* van de goodwill (we hebben het dus niet over *toerekening* van de goodwill), deze goodwill ook nihil kan zijn, bijvoorbeeld door structureel slecht presteren door de franchisenemer.<sup>26</sup> Blom en Van Tuyl van Serooskerken menen in lijn daarmee: 'De MvT lijkt te impliceren dat partijen kunnen afspreken dat de goodwillverplichting, voor zover aanwezig, vervalt indien de franchiseovereenkomst door de franchisegever wordt beëindigd door wanprestatie.'<sup>27</sup> Ook Spanjaard gaat ervan uit dat de Wet franchise zich niet verzet tegen een bepaling, inhoudende 'dat geen goodwill verschuldigd is indien de franchisegever de locatie van de franchisenemer overneemt in geval van insolventie van de franchisenemer of een tekortkoming van de franchisenemer in de nakoming van zijn verplichtingen (...)'.<sup>28</sup> Daarnaast menen Brons-Stikkelbroeck en Zwanikken uit voorgaande overweging van de wetgever op te maken dat de franchisegever bij een wanpresterende franchisenemer kan stellen dat 'in die situatie geen sprake is van opgebouwde goodwill die voor vergoeding in aanmerking komt'.<sup>29</sup>

Voorgaande zienswijzen deel ik niet. De wetgever geeft mijns inziens enkel aan dat de conclusie kan zijn dat de goodwill nihil is, bijvoorbeeld door slecht presteren van de franchisenemer, maar dat betekent niet dat indien een franchisenemer slecht heeft gepresteerd, er dus geen sprake (meer) is van goodwill; goodwill kan immers nog steeds (eventueel in mindere mate dan daarvoor) aanwezig zijn. Dat geldt ook voor de situatie dat de franchisenemer insolvent is of anderszins is tekortgeschoten in de nakoming van de franchiseovereenkomst. Wel kan ik mij voorstellen dat dergelijke omstandigheden van invloed zijn op de goodwill, of meer specifiek op de marktwaarde van de onderneming en in het verlengde daarvan op de goodwill. Maar een contractsbepaling die een goodwillvergoeding op voorhand afhankelijk stelt van een bepaalde omstandigheid, terwijl deze omstandigheid (mogelijk) helemaal geen effect op de hoogte van de goodwill heeft, is wat mij betreft in strijd met (de strekking van) artikel 7:920 lid 1 BW en daarom nietig.<sup>30</sup>

### 3.4 Toerekenen van goodwill (artikel 7:920 lid 1 sub a onder 3 BW)

Lastiger wordt het bij de vervolgvraag: aan wie valt – na de reksom 'marktwaarde minus tastbare activa/passiva' – de goodwill toe te rekenen?<sup>31</sup> De bestaande metho-

26 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 43.

27 Blom & Van Tuyl van Serooskerken, De Wet franchise: een knuppel in het hoenderhok of een (welkome) verbetering van de samenwerking? ORP 2021/1, p. 22.

28 Spanjaard, Een nieuwe wet, een nieuw geluid – veranderingen voor de franchiseovereenkomst door de Wet franchise, *Contracteren* 2020/4, p. 149.

29 Brons-Stikkelbroeck & Zwanikken 2021, p. 10-11.

30 Nietigheid volgt uit art. 7:922 BW.

31 Ook H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Wetsvoorstel franchise: verbeterd, maar nog steeds werk aan de winkel, *Contracteren* 2020/2, p. 58,



den om goodwill te waarderen zijn gebaseerd op de gedachte dat sprake is van één onderneming, en verklaren niet of goodwill aan de franchisegever of franchisenemer is toe te rekenen.<sup>32</sup> Beide partijen kunnen immers hebben bijgedragen aan de omvang van de goodwill. Toch moeten partijen overeenstemming hebben over de wijze waarop de goodwill wordt toegerekend aan de franchisenemer. De wetgever zadelt partijen daarmee op met een lastige opdracht. Waaraan moet zo'n regeling voldoen?

Mijns inziens zal de regeling die partijen treffen in ieder geval moeten uitgaan van een verband tussen het handelen van de franchisenemer enerzijds, en de daaruit voortvloeiende hoogte van de goodwill anderzijds. Het zou – om het maar even wat uit te vergroten – vreemd zijn als partijen zouden gaan 'dobbelen' om te bepalen in hoeverre de goodwill aan de franchisenemer kan worden toegerekend, of afspreken dat het vastgestelde goodwillbedrag standaard wordt vermenigvuldigd met factor 0,1 zodat slechts 10% goodwill wordt toegerekend aan de franchisenemer. In beide gevallen ontbreekt het verband tussen het handelen van de franchisenemer en de mate waarin de goodwill kan worden toegerekend.

Dat er sprake moet zijn van een verband volgt uit het gebruik van de term 'toe te rekenen' in de zinsnede 'in welke mate deze [goodwill] aan de franchisenemer is toe te rekenen', genoemd in artikel 7:920 lid 1 BW (cursivering van YH). Ook volgt dit uit de factoren die de wetgever noemt. Toerekening van goodwill aan de franchise-nemer zou bij soft franchise bijvoorbeeld eerder aan de orde zijn dan bij hard franchise, om de reden dat de franchisenemer bij soft franchise meer vrijheid heeft dan bij hard franchise, en het succes van de (soft-)franchiseonderneming met name het gevolg is van de aanpak van de franchisenemer.<sup>33</sup> Dat is duidelijk een verband tussen handelen van de franchisenemer en de daaruit voortvloeiende goodwill. Dat geldt ook voor een uitbreiding van het aantal klanten of transacties, hetgeen volgens de wetgever een indicatie kan zijn dat de opgebouwde goodwill aan de franchisenemer is toe te rekenen.<sup>34</sup> Ik merk daarbij op dat, hoewel de waarde van een klantenbestand kan overeenkomen met de waarde van de goodwill, dit nog niet betekent dat dat altijd het geval zal zijn; goodwill is immers een breder begrip. De toelaatbaarheid van zo'n bepaling zou daarom kunnen afhangen van de branche waarin de franchisenemer actief is en van het type formule dat partijen zijn overeengekomen. Ik kan mij voorstellen dat hier ook een rol is weggelegd voor artikel 7:912 BW, op basis waarvan partijen zich hebben te gedragen als behoorlijke perso-

wijzen erop dat het naar hun inschatting moeilijk zal zijn om aan te geven in hoeverre goodwill aan de respectievelijke partijen valt toe te rekenen.

32 Zie ook Brons-Stikkelbroeck & Zwanikken 2021, p. 12, waarin wordt verwezen naar een verslag van een deskundige dat terug te vinden is in Rb. Noord Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2366, r.o. 4.6. De deskundige geeft aan dat er verschillende methoden zijn om goodwill te kunnen vaststellen, te weten: de *Discounted Cash Flow-methode* (DCF), de *rentabiliteitsmethode* en de *rendementsmethode*.

33 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 43.

34 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 43.

nen,<sup>35</sup> en op basis waarvan zij rekening moeten houden met elkaars belangen.<sup>36</sup> Het hanteren van een bepaalde staffel – bij een toevoeging van een x aantal klanten aan het klantenbestand wordt een x percentage goodwill aan de franchisenemer toegerekend – lijkt mij op grond van artikel 7:920 BW mogelijk; maar om de lat dan zodanig hoog te leggen dat het voldoen aan zo'n staffel praktisch onmogelijk is, kan geacht worden in strijd met het goed franchisegeverschap te zijn.

Een bepaling die het verband loslaat tussen gedragingen van de franchisenemer enerzijds en de daaruit voortvloeiende hoogte van de goodwill anderzijds, acht ik in strijd met artikel 7:920 lid 1 BW. Een beding dat de goodwillvergoeding bij hard franchise op voorhand uitsluit is wat mij betreft om die reden nietig; in theorie kan immers een deel van de goodwill aan de franchisenemer toe te rekenen zijn.<sup>37</sup> Om dezelfde reden meen ik dat nooit op voorhand in de franchiseovereenkomst bepaald kan worden hoe hoog de goodwillvergoeding zal zijn. Het noemen van een goodwillvergoeding ter hoogte van een x bedrag – of dat nou één euro of een miljoen is – is géén omschrijving van een wijze waarop wordt vastgesteld in welke mate de goodwill aan de franchisenemer kan worden toegerekend. Bij zo'n bepaling wordt eveneens het verband losgelaten tussen gedraging of omstandigheden aan de zijde van de franchisenemer en de als gevolg daarvan aan hem toe te rekenen goodwill.<sup>38</sup> De wetgever koos voor de sanctie nietigheid op grond van artikel 7:922 BW. Mijns inziens zou een vernietigingsactie (artikel 3:40 lid 2 BW) van de franchisenemer meer gepast zijn; de keuze wordt zodoende bij de franchisenemer gelaten om al dan niet afstand te doen van een vooraf vastgestelde goodwillvergoeding die wellicht juist voordelig voor hem was.

### 3.5 De wijze waarop goodwill vergoed moet worden (artikel 7:920 lid 1 onder b BW)

Voor het geval dat de aanwezigheid en de omvang van goodwill zijn vastgesteld, en is vastgesteld in welke mate die aan de franchisenemer is toe te rekenen, moet de franchiseovereenkomst bepalen op welke wijze de goodwill die *redelijkerwijs* aan de franchisenemer valt toe te rekenen wordt vergoed. Volgens de wetgever kan die vergoeding niet nihil zijn, omdat bij deze stap reeds vaststaat dát goodwill aanwezig is.<sup>39</sup> Moet de goodwill-

35 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 26, waarin de wetgever de volgende omstandigheden noemt bij de vaststelling wat in zijn algemeenheid (dus niet per se in het kader van goodwill) van partijen kan worden geëist: '(...) het type franchiseformule, de branche waarin partijen actief zijn, de grootte van de franchiseketen, de periode gedurende welke de franchisegever respectievelijk de franchisenemer al optreedt in de hoedanigheid van franchisegever respectievelijk franchisenemer (starter versus ervaren partij) en de grootte van de franchisenemer in termen van onder meer het aantal door hem gedreven franchiseondernemingen binnen dezelfde franchiseformule en de omvang van de franchiseonderneming(en).'

36 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 6 (NV II), p. 33.

37 Anders Blom & Van Tuyl van Serooskerken 2021, p. 22, die onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis wel menen dat dat mogelijk is.

38 Overigens meen ik dat een vooraf vastgestelde goodwillvergoeding ook niet voldoet aan het hiervoor behandelde art. 7:920 lid 1 onder a en b BW.

39 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 43.

vergoeding dan een-op-een gelijk zijn met de vastgestelde omvang van de goodwill en de mate waarin die aan de franchisenemer is toe te rekenen, of volgt uit het woord *redelijkerwijs* in artikel 7:920 lid 1 sub b BW dat er iets van een correctie of nuance kan plaatsvinden?

Ik meen dat eerste: het bedrag dat uit de regeling rolt die partijen op grond van artikel 7:920 lid 1 sub a BW hebben getroffen, moet worden vergoed. De wetgever noemt namelijk dat 'de aan de franchisenemer verbonden goodwill vergoed moet worden bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, (...)']', en verderop dat 'de vergoeding van de vastgestelde en aan de franchisenemer toerekenbare goodwill dient plaats te vinden (...)']'.<sup>40</sup> Voor een correctie is op grond van sub b van artikel 7:920 lid 1 BW dus geen plaats, ook niet indien de franchisegever op basis van de getroffen (en rechtsgeldige) regeling een vrij hoge goodwillvergoeding zal moeten betalen.<sup>41</sup> Wat is dan de toegevoegde waarde van het woord *redelijkerwijs*? Ik merk op dat dit woord vaker voorkomt in de Wet franchise.<sup>42</sup> De wetgever heeft daarmee in het algemeen 'beoogd ruimte te geven voor een weging van de omstandigheden van het geval, zoals het type formule, de omvang van de betrokken ondernemingen in absolute zin en relatief ten opzichte van elkaar. Dit is noodzakelijk om recht te doen aan de grote verscheidenheid van ondernemingen die van franchise gebruik maken om hun samenwerking vorm te geven.'<sup>43</sup> In de context van *sub b* van artikel 7:920 lid 1 BW zie ik die toegevoegde waarde niet. In de vrijheid die partijen hebben om een regeling te treffen inzake goodwill (ingevolge artikel 7:920 lid 1 sub a BW), ligt al besloten dat zij rekening kunnen (en moeten) houden met alle omstandigheden die voor hen van belang zijn. Bovendien vloeit het voort uit het feit dat artikel 7:920 lid 1 BW in samenhang gelezen moet worden met artikel 7:912 BW inzake goed franchisegeverschap.

De strekking (en toegevoegde waarde) van artikel 7:920 lid 1 sub b BW is enkel daarin gelegen dat duidelijk is dat de goodwill alleen vergoed hoeft te worden als de franchisegever de zaak overneemt (en eventueel doorverkoopt). Zodra de omvang van de aan de franchisenemer toe te rekenen goodwill is vastgesteld, moet dát bedrag worden vergoed. De wet laat geen ruimte voor een correctie of nuance. Een bepaling inhoudende dat 'betaling per bank geschiedt binnen een x termijn' volstaat in dat kader. Het woord *redelijkerwijs* is mijns inziens een over-

bodige toevoeging en bevestigt hooguit dat de regeling uit artikel 7:920 lid 1 sub a BW niet in beton gegoten is.

## 4. De remedies bij geen goodwillregeling of bij strijdigheid met artikel 7:920 lid 1 BW

### 4.1 Aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) en conversie (artikel 3:42 BW)

Zowel in het geval dat partijen niets zijn overeengekomen als in het geval dat de getroffen goodwillregeling nietig is, kan de (ontstane) leemte in de rechtsverhouding worden opgevuld.<sup>44</sup> In beide gevallen kan gedacht worden aan een toepassing van de redelijkheid en billijkheid zoals omschreven in artikel 6:248 lid 1 BW.<sup>45</sup> Op grond van de redelijkheid en billijkheid zou dan een verplichting tot het vergoeden van goodwill kunnen voortvloeien.<sup>46</sup> Eventueel kan de rechter op grond van artikel 194 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een deskundige inschakelen om de hoogte van de goodwill vast te stellen.<sup>47</sup> Ik merk hierbij op dat de toepassing van artikel 6:248 lid 1 BW mijns inziens niet uitgesloten kan worden in franchiseovereenkomsten.<sup>48</sup> Dit artikel is volgens de wetgever van toepassing op franchiseovereenkomsten,<sup>49</sup> en bovendien heeft de wetgever opgemerkt dat het dwingendrechtelijke franchise-equivalent (artikel 7:912 BW) eveneens de strekking heeft dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (hetgeen reeds algemeen verwoord is in artikel 6:248 BW).<sup>50</sup> Naast een toepassing van de redelijkheid en billijkheid zou nog gedacht kunnen worden aan de toepassing van artikel 3:42 BW indien de getroffen regeling nietig blijkt te zijn. Volgens dit artikel kan een nietige rechtshande-

40 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 6 (NV II), p. 39.

41 Bovendien is het de eigen keuze van de franchisegever om de franchiseonderneming al dan niet over te nemen. Mogelijk dat een te hoog bedrag voorkomen kan worden door een juiste methode voor het vaststellen van de marktwaarde te kiezen in de regeling die partijen treffen. Indien de franchisegever een 'verkeerde' keuze gemaakt heeft en daardoor méér zou moeten vergoeden dan bij een andere methode, dan zal hij op de blaren moeten zitten (voor zover hij ervoor kiest de onderneming over te nemen). Een andere zienswijze lijkt mij in strijd met de beschermingsgedachte van de franchisenemer die de achtergrond van de Wet franchise vormt; achteraf alsnog een lager bedrag vergoeden zou de beoogde rechtszekerheid niet ten goede komen.

42 Zie bijv. art. 7:913 BW, art. 7:916 BW en art. 7:917 BW ten aanzien van informatieverstrekking, art. 7:919 BW ten aanzien van het verlenen van bijstand, en art. 7:921 BW ten aanzien van wijziging franchiseformule.

43 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 8.

44 Aangezien art. 7:920 lid 1 BW bepaalt dat de overeenkomst een goodwillregeling moet bevatten, spreekt het mijn inziens voor zich dat er sprake is van een leemte indien die regeling ontbreekt.

45 Opmerking verdient dat artikel 7:920 lid 1 BW niet voorziet in een bepaald rechtsgevolg; de gevolgen van de overeenkomst vloeien dus niet voort uit de wet. Om die reden geschiedt de aanvulling van de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid.

46 Vgl. H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017/4.28 over het rechtsgevolg van de toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie ook HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, r.o. 3.5.3, NJ 2014/415, m.nt. Vranken, waarin de Hoge Raad vooropstelt dat met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een bestaande rechtstoestand wordt vastgesteld.

47 Vgl. Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.18-4.19.

48 Vgl. meer algemeen – dus los van de franchiseovereenkomst – over de uitsluiting van art. 6:248 BW: Schelhaas 2017, met verwijzingen; Asser/Sieburgh 6-III 2018/380: 'Het is in een ontwikkeld rechtsstelsel niet aanvaardbaar de figuur te accepteren van een overeenkomst die lacunes bevat, die niet door de rechter kunnen worden aangevuld.'

49 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 11.

50 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 26.

ling worden omgezet in een geldige rechtshandeling indien aangenomen zou worden dat partijen, bij wetenschap van de nietigheid, de geldige rechtshandeling zouden hebben verricht, en dat de strekking van de nietige rechtshandeling beantwoordt aan die van een geldige rechtshandeling.<sup>51</sup> Het gaat er daarbij niet om dat partijen de andere rechtshandeling zouden hebben gewild, maar het gaat om de vraag wat zij objectief gezien – naar moet worden aangenomen – overeengekomen zouden zijn.<sup>52</sup> Een objectieve toets dus, waar wel ruimte is voor subjectieve elementen.<sup>53</sup> Opgemerkt zij dat de strekking van de nietige rechtshandeling moet beantwoorden aan die van de geldige rechtshandeling.<sup>54</sup> Dat brengt mee dat de vraag of conversie van een nietige goodwillregeling mogelijk is, afhangt van de strekking van de getroffen goodwillregeling, en de reden van de nietigheid daarvan. Indien de strekking van de goodwillregeling de oorzaak van de nietigheid is, kan conversie niet plaatsvinden.

#### 4.2 Nakoming ex artikel 3:296 BW

Naast de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is voorstelbaar dat franchisenemer en franchisegever om de tafel gaan om alsnog te voldoen aan artikel 7:920 lid 1 BW. Het niet om de tafel willen gaan om een regeling te treffen zou in strijd geacht kunnen worden met artikel 7:912 BW inzake goed franchisegeverschap. Een nakomingsvordering op grond van artikel 3:296 BW zou in dat kader mogelijk kunnen zijn. Hoewel tijdens een lopende franchiseovereenkomst de franchisenemer nog geen schade heeft geleden of aanspraak kan maken op een vergoeding voor goodwill, en het de vraag is of de franchiseonderneming *überhaupt* wordt voortgezet door de franchisegever, meen ik dat een franchisenemer met het oog op de rechtszekerheid en zijn onderhandelingspositie bij een eventuele verlenging voldoende belang heeft bij een dergelijke rechtsovereenkomst.<sup>55</sup>

Indien partijen geen overeenstemming bereiken over een goodwillregeling, en de franchisegever de onderneming voortzet zonder de goodwill te vergoeden, zal wederom artikel 7:912 BW in beeld komen. Illustratief is de DNZB-zaak, waaruit het belang van dat artikel blijkt. Ik licht dit toe.

#### 4.3 De DNZB-zaak:<sup>56</sup> een grensgeval ten aanzien van het overgangsrecht

Partijen DNZB en diens (inmiddels voormalig) franchisenemer kregen geen overeenstemming over de voortzetting van de franchiseovereenkomst per 28 februari 2021. De rechtbank stelt vast dat een aan DNZB gelieerde onderneming, DNZB Nijmegen, de organisatie van de franchisenemer na die datum heeft voortgezet zonder dat een goodwillvergoeding is betaald.<sup>57</sup> Vaststaat dat partijen niets hebben afgesproken over het vergoeden van goodwill,<sup>58</sup> en bovendien bestond overeenkomstig het overgangsrecht de verplichting om op grond van artikel 7:920 lid 1 BW een goodwillregeling overeen te komen nog niet. Wel blijkt dat DNZB (eind 2019) in de aanloop naar de Wet franchise een presentatie heeft gegeven waarin is ingegaan op de waardering van de franchiseonderneming en waarbij verschillende rekenmethodes zijn voorgesteld om goodwill te bepalen. Aan het slot van de presentatie is een concrete waarderingmethode voorgesteld, onder andere voor de situatie waarin DNZB de onderneming van de franchisenemer bij einde overeenkomst zou overnemen (een situatie waar artikel 7:920 lid 1 BW op ziet). Daaruit maakt de rechtbank op dat DNZB erkent dat het klantenbestand van de franchisenemer een bepaalde waarde vertegenwoordigt.<sup>59</sup> Dat sprake is van goodwill die aan de franchisenemer kan worden toegerekend, valt dus ook te volgen. Wat ik minder goed kan volgen is dat partijen klaarblijkelijk *géén* overeenstemming hebben gehad over een goodwillregeling; de rechtbank overweegt dat DNZB een regeling heeft ‘willen introduceren’.<sup>60</sup> Bovendien staat vast dat franchisenemer de in de presentatie voorgestelde waarderingmethode niet heeft aanvaard.<sup>61</sup> De rechtbank oordeelt vervolgens dat DNZB, ondanks dat dit niet door partijen is overeengekomen en ondanks dat geen wettelijke plicht tot betaling van goodwill bestond, schade moet vergoeden.<sup>62</sup> De grondslag is artikel 7:912 BW: op basis van het goed franchisegeverschap had DNZB er volgens de rechtbank op behoren toe te zien dat de franchisenemer een vergoeding voor goodwill zou ontvangen; door daar niet op toe te zien schiet DNZB tekort in de nakoming van de op haar rustende verbintenis.<sup>63</sup>

De rechtbank plaatst de verplichting om een vergoeding te betalen dus uitdrukkelijk in de sleutel van artikel 7:912 BW (en artikel 6:74 BW). Door op deze wijze te oordelen doorkruist de rechtbank mijns inziens het overgangsrecht: artikel 7:920 lid 1 BW was immers op de franchiserelatie niet van toepassing. Bestaande over-

51 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 194 e.v.

52 *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 198.

53 De Loos-Wijker in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 10.3.1 (online actueel t/m 15 mei 2021); Asser/Sieburgh 6-III 2018/653.

54 *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 198: ‘De juistheid van de veronderstelling dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht, mag (...) uitsluitend worden aangenomen op grond van het beantwoorden van de strekking daarvan aan die van de nietige rechtshandeling.’

55 Of een gerechtelijke procedure verstandig is, valt overigens te betwijfelen: dat strijkt met het oog op een verlenging natuurlijk erg tegen de haaren in.

56 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108.

57 Zo werden klanten van de franchisenemer onder meer benaderd door DNZB met de mededeling dat de diensten door DNZB (Nijmegen) zouden worden overgenomen.

58 Behalve een vergoeding voor goodwill indien franchisenemer zou komen te overlijden en DNZB de onderneming voortzet (r.o. 3.1.4).

59 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.11.

60 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.12.

61 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.18. Wat daarvan de reden is, is mij niet bekend.

62 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.13.

63 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.10.



eenkomsten moesten pas met ingang van 2023 aan artikel 7:920 BW voldoen. De rechtbank onderbouwt dit onder meer met het gegeven dat DNZB in de aanloop naar de Wet franchise presentaties gaf over rekenmethodes inzake de waardering van de franchiseonderneming en goodwill. Tegelijkertijd staat vast dat de franchisenemer die rekenmethodes niet heeft aanvaard, om welke reden een deskundige de omvang van de toe te rekenen goodwill moet vaststellen.<sup>64</sup> Onder de streep weegt een niet aanvaarde waarderingsmethode dus wél mee bij het ontstaan van een verbintenis, maar kleurt dit feit inhoudelijk niet in hoe ver die verbintenis reikt. Dat komt op mij onlogisch over.

Ik zou menen dat het voor de vraag of gehandeld is in strijd met goed franchisegeverschap niet alleen aankomt op de vraag of de franchisegever heeft toegestaan dat de onderneming is voortgezet zonder dat de franchisenemer een vergoeding voor goodwill heeft ontvangen, maar aankomt op de vraag of de regeling die de franchisegever voorstelde *inhoudelijk* voldeed aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden. Een inhoudstoets dus. De vervolgvraag is dan aan welke eisen een regeling moet voldoen. Voor de eisen die gelden sinds de invoering van de Wet franchise verwijs ik naar de vorige paragrafen. Gesteld dat de voorgestelde regeling alleszins voldoet aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden, maar de franchisenemer daar simpelweg niet mee instemt, dan is, zoals ik het zie, niet gehandeld in strijd met goed franchisegeverschap. In de DNZB-zaak valt te betwijfelen of een dergelijke toets mogelijk is, aangezien de voorstellen waren gedaan in een periode dat er geen inhoudelijke eisen golden; de Wet franchise was immers nog niet in werking getreden. Om dezelfde reden is verdedigbaar dat het in de DNZB-zaak over de boeg van artikel 6:248 BW beoordeeld moet worden in plaats van het franchise-equivalent van artikel 7:912 BW; ik zou echter menen dat er in de rechtsverhouding geen leemte is die opgevuld had moeten worden. Er wordt dan niet toegekomen aan artikel 6:248 BW.

Uit de DNZB-zaak kunnen we in ieder geval wel opmaken dat artikel 7:912 BW een belangrijke rol speelt in het kader van de goodwillregeling; een door de franchisegever *voorgestelde* regeling moet inhoudelijk getoetst worden alvorens de conclusie getrokken kan worden dat een franchisegever in strijd heeft gehandeld met artikel 7:912 BW. Mocht een franchisenemer niet instemmen met een regeling die achteraf gezien alleszins voldeed aan de eisen die daaraan gesteld mochten worden, dan gaat een toets aan artikel 7:912 BW niet op. Ik meen echter wel dat – mocht een franchisenemer alsnog aanspraak willen maken op een vergoeding voor goodwill – de franchisegever te allen tijde daarover in overleg moet treden, eveneens op grond van artikel 7:912 BW. Het door de rechtbank gehanteerde criterium om goed franchisegeverschap ex artikel 7:912 BW te beoordelen aan de hand van de vraag of de franchisegever erop heeft toegezien dat goodwill vergoed wordt, acht ik niet doorslaggevend.

64 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108, r.o. 4.18.

#### 4.4 Verrijkingsvordering ex artikel 6:212 BW

Dit roept de vraag op of ook het verrijkingsleerstuk uitkomst kan bieden indien partijen niets zijn overeengekomen en een franchisegever de franchiseonderneming (stilzwijgend) voortzet, zoals in de DNZB-zaak. Op grond van artikel 6:212 BW heeft degene die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, voor zover dat redelijk is, recht op schadevergoeding. Sprake moet dan zijn van een *vermogensverschuiving*:<sup>65</sup> de verrijking van de franchisegever moet voortvloeien uit het *vermogen* van de verarmde franchisenemer.<sup>66</sup> Aangezien goodwill wordt gekwalificeerd als een samenstel van feitelikheden,<sup>67</sup> en niet wordt beschouwd als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW,<sup>68</sup> houdt een verrijkingsvordering op dat punt op.

Deze redenering leunt echter alleen op de invulling van het begrip vermogensrecht. Onder de streep heeft een franchisegever die de goodwill – als het ware – *overneemt* daar natuurlijk wel een voordeel van. Het overnemen van goodwill heeft vrij veel weg van een vermogensverschuiving, hetgeen een reden kan zijn om toch het regime van artikel 6:212 BW toe te passen.<sup>69</sup> De jurisprudentie is daarover niet eenduidig; uit het standaardarrest Van der Tuuk Adriani/Batelaan<sup>70</sup> volgt dat een verrijkingsvordering voor een klantenbestand kan worden toegewezen (een klantenbestand is niet hetzelfde als goodwill), terwijl in latere jurisprudentie weer geen vergoeding voor een klantenbestand werd toegekend; het verrijkingsleerstuk is in zijn algemeenheid niet uitgekristalliseerd.<sup>71</sup>

#### 4.5 Schadevergoeding ex artikel 6:162 BW of artikel 6:74 BW

Zoals aangegeven, is de opdracht van de wetgever blijkens de formulering van artikel 7:920 lid 1 BW gericht aan beide partijen: de *overeenkomst* moet immers een regeling bevatten. En voor een overeenkomst zijn aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW) vereist. Indien partijen geen regeling treffen, handelen zij beide in strijd met de wet. Dat geldt ook indien partijen een goodwillregeling treffen die in strijd is met artikel 7:920 lid 1 BW. Kan meent in dat (laatste) geval dat de franchisenemer schadevergoeding kan vorderen op grond van artikel 6:162 BW.<sup>72</sup> Hoewel ik mij kan voorstellen dat een

65 Kamerstukken II 1975/76, 7729, nrs. 6-7 (MvA II), p. 192.

66 S.R. Damminga, Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 200-201.

67 Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019 nr. 102.

68 Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019 nr. 9; Van der Linden 2019, p. 372.

69 Van der Linden 2019, p. 380-381.

70 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3 (Van der Tuuk Adriani/Batelaan), r.o. 3.7.

71 Vgl. ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1493, waarin het arrest wordt bekrachtigd van Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384. Hieruit valt op te maken dat bij overgang van een patiëntenbestand geen goodwillvergoeding betaald hoeft te worden. De jurisprudentie is echter niet eenduidig. Zie in dat kader een overzicht in Damminga, Aanvullend verrijkingsrecht, MvV 2020/1, voetnoot 36.

72 C.M. Kan, Wet franchise versterkt positie franchisenemers, ORP 2021/1, p. 15.



schadevergoedingsactie beoordeeld zou kunnen worden aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW, zou ik de voorkeur geven aan verdeling gebaseerd op artikel 6:74 BW: indien een franchisegever niet om de tafel wil om een goodwillregeling te treffen, terwijl een eerder getroffen regeling nietig blijkt te zijn, dan zou ik menen dat in strijd wordt gehandeld met goed franchisegeverschap.

De vervolgvraag is dan hoe de schade begroot moet worden. Kan meent dat de hoogte van de schadevergoeding moet worden bepaald aan de hand van de vraag welke vergoeding de franchisenemer zou hebben gehad bij een geldige goodwillbepaling.<sup>73</sup> Dit valt mijns inziens te betwijfelen. Partijen moeten immers een *regeling* treffen waarin de omstandigheden worden genoemd die zij van belang achten. En juist als partijen die regeling niet zijn overeengekomen, kan moeilijk worden vastgesteld welke vergoeding de franchisenemer zou hebben gehad indien de regeling die partijen troffen wel aanwezig of geldig overeengekomen was. Ik verwacht dat een rechter die de schade op grond van artikel 6:97 BW dient te bepalen, simpelweg een deskundige inschakelt. Een voor partijen niet-wenselijke uitkomst hadden zij kunnen voorkomen door goede afspraken te maken overeenkomstig artikel 7:920 lid 1 BW en artikel 7:912 BW.

## 5. Afronding

110

In deze bijdrage heb ik willen aangeven hoe artikel 7:920 lid 1 BW geïnterpreteerd moet worden, waaraan de goodwillregeling die partijen treffen moet voldoen, en welke remedies er zijn indien partijen niets zijn overeengekomen of een nietige regeling hebben getroffen. Onder de streep zal het in de meeste gevallen neerkomen op een leemteopvulling via artikel 6:248 lid 1 BW, en zal de rechter vervolgens een deskundige benoemen die de omvang van de goodwill vaststelt. Welke methode daarbij wordt gehanteerd, is onduidelijk. Daarnaast is in dat geval op voorhand niet duidelijk welke criteria van belang worden geacht bij het *toerekenen* van goodwill. Partijen zouden er daarom verstandig aan doen om van tevoren een goede regeling te treffen die past bij het type formule. Ik denk echter wel dat de wetgever het gemakkelijker had kunnen maken door artikel 7:920 lid 1 BW zo te formuleren dat daar een rechtstreekse verbintenis uit zou voortvloeien, inhoudende *dat de franchisegever na het einde van de franchiseovereenkomst, en bij voortzetting van de franchiseonderneming gehouden is een vergoeding te betalen voor de redelijkerwijs aan de franchisenemer toe te rekenen goodwill*. Met het oog op de contractsvrijheid had in een tweede lid bepaald kunnen worden dat partijen zelf een regeling konden vormgeven waarin zij omstandigheden konden noemen die zij van belang achten. Ook als partijen niets zouden zijn overeengekomen, zou de verbintenis tot het betalen van goodwill direct voortvloeien uit de wet in plaats van dat dit geconstru-

eerd moet worden via artikel 6:248 BW of artikel 3:42 BW, of dat mogelijk zelfs het schadevergoedingsrecht er aan te pas moet komen.

73 Kan 2021, p. 15.